

LIVRE 4 / THÈME 32

## **PLANIFICATION OPTIMALE PAR LA SÉPARATION DE BIENS AVEC CLAUSE DE PARTICIPATION? LE TEST DES QUATRE RISQUES**

Alain VERBEKE

*Professeur ordinaire aux Universités de Leuven et Tilburg,  
Visiting Professor of Law Harvard, avocat Greenille*

### **A. LES QUATRE RISQUES**

**208.** Dans une approche classique, le planning matrimonial idéal pour la protection du conjoint survivant en cas de décès est le choix pour un régime de communauté universelle de biens avec une clause d'attribution de communauté. De cette façon, le survivant reçoit une position maximale en droit des biens par rapport à l'ensemble du patrimoine. Dans la mesure où les plafonds des articles 1464 et 1465 du Code civil ne sont pas dépassés, cette construction protège l'époux survivant contre la réserve des enfants (voir Thème 2 : Le conjoint survivant, prolongement du couple – Protection du conjoint survivant par contrat de mariage, p. 23). Le désavantage de cette solution est son coût fiscal. Une clause d'attribution de communauté est onéreuse (voir Thème 26 : Séparation de biens avec patrimoine commun interne adjoint, p. 193). Une certaine atténuation de ce coût fiscal peut être obtenue via la clause d'attribution de communauté ou la clause d'attribution optionnelle avec créance (voir Thème 21 : Clause d'attribution optionnelle / Clause d'attribution optionnelle moyennant soulte, p. 143).

**209.** Dans mon commentaire sur le choix d'un contrat matrimonial comme instrument de planification en cas de vie, j'ai mis deux autres objectifs en avant, à savoir le risque de divorce et le risque des créanciers (voir Livre 1, Thème 1 : Le contrat de

LIVRE 4  
**THÈME 32**

mariage, instrument de planification patrimoniale, p. 21). L'appréciation de la protection contre le risque de divorce dépend de la position d'où l'on se place. Lorsque l'on se place dans la perspective du conjoint qui a peu ou moins de patrimoine constitué par les revenus du travail (souvent l'épouse), le régime de communauté offre une protection très élevée. Du point de vue de l'époux qui a plus de patrimoine et qui souhaite le garder pour lui en cas de divorce et qui dans cette optique veut le partager le moins possible, la séparation de biens offre bien sûr la meilleure protection. En ce qui concerne les risques des créanciers, il est clair que la séparation de biens est plus favorable, aussi longtemps que nos régimes de communauté restent gênés par la règle en vertu de laquelle les dettes professionnelles d'un conjoint peuvent être poursuivies sur l'ensemble de la communauté (art. 1414, al. 2 C. civ.).

**210.** Pour résumer, on peut dire qu'un contrat de mariage comme instrument pour une planification en cas de décès et une protection du survivant doit offrir une protection contre quatre risques : le divorce, les créanciers, la réserve des enfants et le coût fiscal.

## **B. APPLICATION À LA COMMUNAUTÉ DES BIENS AVEC CLAUSE D'ATTRIBUTION**

**211.** Prenons le cas d'un couple dont le mari est dirigeant d'entreprise et dont la femme a travaillé à temps partiel comme professeur. Ils se sont à l'époque mariés sous un régime de séparation de biens et ils souhaitent mettre sur pied une planification en cas de décès qui a pour objectif de protéger au maximum le conjoint survivant. Ils ne veulent en aucun cas que la présence des enfants puisse nuire au survivant par le biais de leur réserve. Le conseil que l'on donne classiquement est de procéder à une communauté universelle avec une clause d'attribution (éventuellement avec charge) et nous devons le confronter aux quatre risques que nous voulons couvrir.

## 1. DIVORCE

**212.** Le passage de la séparation de biens à la communauté universelle a pour conséquence que le risque en cas de divorce se présente totalement différemment. Il passe de la femme vers le mari. Il est alors possible que le mari considère qu'il n'est pas correct parce qu'on envisage une planification pour le cas du décès. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'être conscient du fait que le passage à un régime de communauté, réalisé en vue d'une planification en cas de décès, a des conséquences évidentes sur le plan du risque relatif au divorce. Grâce à ce changement de régime, la femme peut s'en aller du jour au lendemain avec la moitié du patrimoine. Aujourd'hui, elle ne le peut pas. Je répète que le risque de divorce est autrement évalué suivant l'angle à partir duquel la situation est analysée. Je ne prétends pas que le passage vers un régime de communauté ne serait pas souhaitable parce que ce régime offre davantage de protection à la femme en cas de divorce. J'attire simplement l'attention sur le fait que le passage vers un régime de communauté, inspiré par un souci de planification pour l'hypothèse du décès, entraîne également un changement pour l'hypothèse du divorce. Si on reste dans un régime de séparation de biens, un tel changement n'intervient pas.

## 2. CRÉANCIERS

**213.** Le passage vers un régime de communauté modifie également drastiquement le risque des créanciers. Jusqu'ici, la femme pouvait considérer que son salaire était en sécurité face aux créanciers professionnels de son mari. À partir du passage vers un régime de communauté, tel n'est plus le cas. Si on reste dans un régime de séparation de biens, un tel changement ne s'opère pas.

## 3. RÉSERVE

**214.** Le passage vers une communauté universelle avec une clause d'attribution offre une protection parfaite contre les attaques portant sur la réserve des enfants. Dans la mesure où le patrimoine consiste en des acquêts et que les enfants sont des

enfants communs, ils ne peuvent rien entreprendre contre les avantages obtenus par le survivant, parce que la clause d'attribution est un avantage matrimonial. Dans la mesure où il s'agirait de biens obtenus par succession ou donation, du côté de l'époux, les enfants pourraient adresser un appel à la réserve contre la moitié de ceux-ci. La charge de la preuve repose toutefois sur eux, vu la présomption de communauté.

#### 4. RISQUE FISCAL

**215.** La construction présentée est – on le sait –, assez onéreuse sur le plan fiscal. La variante de la clause d'attribution avec charge peut peser sur ce coût jusqu'au niveau des droits de succession dus sur l'obtention *ab intestat* (voir Thème 26 : Séparation de biens avec patrimoine commun interne, p. 193).

### C. APPLICATION À LA SÉPARATION DE BIENS AVEC CLAUDE DE PARTICIPATION

**216.** Comparons maintenant cette construction classique avec une planification où l'on opte pour le maintien du régime de la séparation de biens avec adjonction d'une clause de participation finale et facultative pour le cas de décès reprenant l'ensemble du patrimoine, y compris les biens pré-nuptiaux et les biens obtenus par succession et donation des deux côtés comme masse de participation et avec une clé de participation qui consiste en ce que le survivant ait une créance à concurrence de la totalité des biens au nom du conjoint décédé.

#### 1. DIVORCE

**217.** En ce qui concerne le divorce, cela ne change rien au risque existant. Le régime de séparation de biens est en effet conservé.

#### 2. CRÉANCIERS

**218.** Il en va de même pour les risques des créanciers. On continue à bénéficier de la meilleure protection qu'offre la séparation de biens. L'extension du droit de recours des créanciers



qu'entraîne nécessairement un régime de communauté n'intervient pas ici.

### 3. RÉSERVE

**219.** Vu l'application de la théorie des avantages matrimoniaux et des articles 1464 et 1465 du Code civil à la créance de participation (voir Thème 29 : Séparation des biens avec clause de participation relative aux acquêts : avantages matrimoniaux ou avantage réductible?, p. 201 et Thème 30 : Séparation des biens avec clause de participation concernant plus que les acquêts : avantages matrimoniaux ou avantage réductible?, p. 207), le conjoint survivant bénéficie d'une protection identique contre la réserve des enfants que dans un système de communauté. La différence réside dans le fait que le conjoint survivant ne devient pas propriétaire des biens qui se trouvent à son nom et qu'il a une créance à concurrence de la valeur de ces biens. Sur le plan purement économique, cela ne représente pas nécessairement la même valeur. D'ailleurs, dans le contrat de mariage, on peut prévoir que le survivant, bénéficiaire de la créance, a le choix quant à la manière dont il souhaite voir liquider la créance : en espèces ou en nature, au moyen de biens de la succession par dation en paiement. À ce niveau, il faudra toutefois tenir compte de la possibilité de conséquences fiscales défavorables sur le plan des droits d'enregistrement.

### 4. SUR LE PLAN FISCAL

**220.** Sur le plan fiscal, la clause de participation est bien plus avantageuse que la construction basée sur le régime de communauté qui aura, dans le meilleur des cas et en ce qui concerne les droits de succession – grâce à la charge ou à la créance couplée à l'attribution –, un résultat plus ou moins similaire à celui obtenu dans le cas d'une succession ordinaire *ab intestat*. Cela peut représenter un montant considérable. Grâce au mécanisme de la créance de participation, ce que recueille le survivant est totalement exonéré dans la mesure où le plafond des articles 1464 et 1465 du Code civil n'est pas dépassé. Cela signifie que peuvent être transférés sans impôt au prémourant via la créance, non seulement tous les acquêts qui ont été constitués au cours

du mariage, mais également la moitié des biens recueillis par succession ou donation par le prémourant. Il existe en outre des arguments qui plaident en faveur d'une non-imposition de la part attribuée au-delà des plafonds fixés par les articles 1464 et 1465 du Code civil. La Cour d'appel d'Anvers a récemment confirmé la non-imposition de la part attribuée au-delà des plafonds fixés par les articles 1464 et 1465 du Code civil<sup>316</sup> (cf. Thème 31 : Séparation de biens avec clause de participation : analyse fiscale, p. 213). L'avantage fiscal par rapport à la construction basée sur un régime de la communauté est énorme.

#### D. CONCLUSION

**221.** Si on prend tous ces éléments en compte, on arrive à la conclusion étonnante que la séparation de biens avec clause de participation remporte haut la main le test des quatre risques par rapport à la construction de communauté classique.

**222.** Au niveau du risque constitué par la réserve, les scores sont égaux. C'est donc 1-1. Sur le plan fiscal, la clause de participation est nettement plus avantageuse que la solution basée sur un régime de communauté. Il en est de même en ce qui concerne les risques des créanciers; c'est la clause de participation qui l'emporte. Cela nous donne donc un résultat provisoire de 3-1. En ce qui concerne le risque de divorce, le verdict est plus difficile à rendre : du point de vue de l'homme dans notre exemple, la séparation de biens avec une clause de participation l'emporte : 4-1 donc. Mais si on se met du point de vue de l'épouse (toujours dans l'exemple que nous avons donné), la préférence va à la communauté : 3-2. Au bout du compte, c'est encore toujours une victoire pour la clause de participation.

**223.** Naturellement, cette appréciation dépend de l'importance plus ou moins grande que l'on accorde à l'un ou à l'autre risque. C'est ainsi que les époux peuvent par exemple considérer que le risque du créancier ou que le coût fiscal pèse plus lourd dans la balance que les autres risques. Dans ce cas, la clause de participation est à préférer. En l'espèce, le risque divorce n'est pas le

<sup>316</sup> Anvers, 24 juin 2008, *TEP*, 2008, pp. 356-361. Ce cas concernait une clause mortuaire.

risque le plus important, dès lors que l'on se trouve par hypothèse dans le cadre d'une planification en cas de décès. Si un des conjoints estime que son contrat de mariage lui offre insuffisamment de protection contre le risque de divorce, il convient d'appréhender la problématique à partir de cet objectif déclaré et pas indirectement ou « par la bande » dans l'optique d'un planning pour régler la problématique du décès.

**224.** Dans tous les cas, les développements récents en matière de clause de participation, et surtout l'arrêt innovant de la Cour d'appel d'Anvers du 5 octobre 2004, ont modifié en profondeur la donne d'une planification en cas de décès et la protection du conjoint survivant par le contrat de mariage.